

**Diakonie Deutschland
Evangelisches Werk für Diakonie
und Entwicklung e. V.**

Roland Rosenow
Referent für Migrationsrecht
Zentrum Migration und Soziales

Caroline-Michaelis-Straße 1
10115 Berlin
T +49 30 65211-1495
roland.rosenow@diakonie.de
www.diakonie.de

2.7.2021

Bundesarbeitsgericht zu Live-in Care. Kurzbericht von der mündlichen Verhandlung

Am 24. Juni 2021 verhandelte das Bundesarbeitsgericht (BAG) eine Revision, die die Frage zum Gegenstand hatte, ob eine Live-in-Betreuungskraft, die von einem bulgarischen Entsendeunternehmen nach Deutschland entsandt wurde, um eine betagte Frau in Berlin rund um die Uhr zu betreuen, für die gesamte Zeit ihrer tatsächlichen Tätigkeit einschließlich der Bereitschaftszeit Anspruch auf Entlohnung in Höhe des Mindestlohns nach dem MiLoG hat.

Sachverhalt

Die 1951 geborene Klägerin, bulgarische Staatsangehörige mit Wohnsitz in Bulgarien, war nach verschiedenen vorangegangenen Tätigkeiten als Live-in in Deutschland seit April 2015 bei einer in Bulgarien ansässigen Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach bulgarischem Recht als „Sozialassistentin“ beschäftigt. Laut Arbeitsvertrag betrug die wöchentliche Arbeitszeit 30 Stunden und die Grundvergütung 16,62 BGN, was etwa 8,50 € entsprach. Die monatliche Vergütung schwankte etwas wegen bulgarischer Feiertage und der Länder und der unterschiedlichen Länge der Monate. Sie betrug ca. 1.562 € brutto und 950 € netto pro Monat.

Registergericht:
Amtsgericht
Berlin (Charlottenburg)
Vereinsregister 31924 B

Evangelische Bank eG
BIC GENODEF1EK1
IBAN: DE42 5206 0410 0000 4050 00

USt-IdNr.: DE 147801862

Barrierefreier Parkplatz in
der Tiefgarage

Die Klägerin war für den Zeitraum vom 16. April 2015 bis zum 15. April 2017 im Besitz einer sogenannten A1-Bescheinigung. Durch die Bescheinigung wird dokumentiert, dass die betreffende Person aus ihrem Heimatland entsandt ist und dem dortigen Sozialversicherungsrecht unterliegt. Nach Artikel 12 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ist Voraussetzung für die Ausstellung der Bescheinigung, dass die voraussichtliche Dauer der Entsendung 24 Monate nicht überschreitet und die entsandte Person keine zuvor entsandte Person ablöst.

Das beklagte bulgarische Unternehmen schloss mit Frau Z., einer über 90-jährigen Frau, die pflegebedürftig war und in Berlin in einer Seniorenwohnanlage lebte, einen Dienstleistungsvertrag. Dieser Vertrag wurde durch die „Deutsche Seniorenbetreuung“, eine in Deutschland ansässige Agentur vermittelt. Mit dem Dienstleistungsvertrag verpflichtete sich das bulgarische Entsendeunternehmen „seine Mitarbeiter für die oben bestimmte Zeit und nach der konkreten Bedarfserhebung (Grundlage ist der durch den Leistungsnehmer beim Vermittler 'Deutsche Seniorenbetreuung' eingereichte Erhebungs-/Fragebogen, welcher von diesem an den Leistungsgeber weitergeleitet wurde) Dienstleistungen“ für Frau Z. zu erbringen. Frau Z. zahlte dafür 52,07 € pro Tag. In dem Fragebogen der Deutschen Seniorenbetreuung, auf den der Dienstleistungsvertrag Bezug nimmt, hießt es u.a.: „Angedachter Einsatz: - 24 Stunden Betreuung/Pflege“. Die Deutsche Seniorenbetreuung wirbt offensiv mit dem Angebot einer „24-Stunden-Pflege zu Hause“. Auf der Website der Deutsche Seniorenbetreuung wurde zu dem Begriff der „24-Stunden-Pflege“ ausgeführt:

„Die Bezeichnung 24-Stunden-Pflege bedeutet nicht, dass die Betreuungs-/Pflegekräfte im wörtlichen Sinne 24 Stunden am Stück arbeiten, sondern es existieren für entsendete Arbeitnehmer Regelungen für die Arbeitszeiten (Arbeitszeitgesetz), die unbedingt einzuhalten sind. [...] Die Begriffe 24-Stunden-Pflege und 24-Stunden-Betreuung sind reine Marketingbezeichnungen für die Suche und Auffindbarkeit unserer Dienstleistungen im Internet. Bei angestelltem, entsendetem Personal ist grundsätzlich das Arbeitszeitgesetz des Staates, in welchem die Tätigkeit ausgeführt wird, anzuwenden (Deutschland). [...] Wir empfehlen grundsätzlich einen freien Tag pro Woche, der jedoch in Absprache mit der Betreuungskraft auch in zwei halbe Tage bzw. stundenweise aufgeteilt werden kann. Die freie Zeit dient der Erholung und ist wichtig, um Abstand zur Betreuungssituation gewinnen zu können, Kraft zu tanken und einfach mal loslassen zu dürfen.“¹

¹ Weitere Einzelheiten siehe Begründung des Urteils des LAG Berlin-Brandenburg vom 17.8.2020, 21 Sa 1900/19, online unter: <https://openjur.de/u/2303053.html>

Vom 15.4.2015 bis zum 31.8.2015, vom 1.10.2015 bis zum 31.12.2015 und im Jahr 2016 war die Klägerin für Frau Z. tätig. In dieser Zeit bewohnte sie ein Zimmer in der Wohnung von Frau Z. Sie trug vor Gericht vor, Frau Z. sei rund um die Uhr auf Betreuung angewiesen gewesen. Sie habe nur von Frau Z. und deren Kindern Weisungen erhalten. Sie habe Frau Z. jeden Tag morgens gegen halbsieben geweckt und sei dann bis zu ihrem Zubettgehen zwischen zehn und elf Uhr am Abend für sie tätig gewesen. Nachts habe sie sich in ständiger Bereitschaft befunden und habe Frau Z. oft helfen müssen, etwa beim Gang zur Toilette oder bei nächtlicher Unruhe.

Die Klägerin trug weiter vor, im Jahr 2016 habe sie nachdrücklich wenigstens einen freien Tag pro Woche gefordert. Den habe sie dann ab Mitte Juli 2016 in unregelmäßigen Abständen erhalten. Im Sommer 2016 habe sie außerdem Urlaub und Lohnfortzahlung im Urlaub gefordert. Daraufhin habe ihr Arbeitgeber (das bulgarische Entsendeunternehmen) von ihr verlangt, dass sie kündige, was sie nicht tat. Daraufhin kündigte ihr der Arbeitgeber.

Verfahren vor den Instanzgerichten

Die Klägerin verklagte, unterstützt durch den DGB, ihren Arbeitgeber, das bulgarische Entsendeunternehmen (im Folgenden die Beklagte), und verlangte Lohn in Höhe des Mindestlohns nach dem Mindestlohngesetz (MiLoG) für 24 Stunden an sieben Tagen die Woche für die Tätigkeit im Jahr 2015. (Ansprüche aus dem Jahr 2016 macht die Klägerin in einem weiteren Verfahren geltend, das noch beim Arbeitsgericht Berlin anhängig ist.) In der ersten Instanz gab das Arbeitsgericht Berlin der Klage im Wesentlichen statt. Es legte eine Arbeitszeit von 24 Std./Tag zugrunde und verurteilte das Entsendeunternehmen, für die Zeit vom 1.5.2015 bis zum 31.8.2015 und vom 1.10.2015 bis zum 31.12.2015 Lohn i.H.v. 42.636 € brutto abzüglich 6.680 € zu zahlen. 6.680 € netto hatte die Klägerin erhalten.

Das beklagte Entsendeunternehmen legte Berufung vor dem Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (LAG) ein, die zu einem Teilerfolg führte. Im Grundsatz bestätigte das LAG die Auffassung der ersten Instanz, nach der die Klägerin Anspruch auf Mindestlohn für die volle Arbeitszeit (einschließlich der Bereitschaftszeit) habe. In Bezug auf den Umfang dieser Zeit kam das LAG aber zu einem abweichenden Ergebnis. Auf der eine Seite entschied es, dass die Beklagte sich nicht auf den schriftlichen Arbeitsvertrag berufen könne, denn das sei rechtsmissbräuchlich, da sie die Klägerin gezielt einer Situation ausgesetzt habe, aus der sich eine weitaus umfassendere Verpflichtung zur Arbeit ergab.

Auf der anderen Seite war das LAG das Auffassung, die Klägerin habe sich der Inanspruchnahme gelegentlich entziehen können, „innerhalb der Wohnung beispielsweise für ein ausgiebiges Bad oder Telefongespräche [...] oder auch die Wohnung für eine beschränkte Zeit zu verlassen [können], etwa um sich mit Bekannten oder Freunden zu treffen oder einen Spaziergang zu machen.“ Das LAG schätzte die Möglichkeit, sich innerhalb der Wohnung zu entziehen auf eine Stunde und die Möglichkeit, die Wohnung außerhalb der Tätigkeit zu verlassen, auf zwei Stunden täglich. So kam es auf 21 Std./Tag, für die der Mindestlohn zu zahlen sei.

Besonders hinzuweisen ist auf die umfassende Würdigung der Vorschriften des ILO-Übereinkommens Nr. 189 für Hausangestellte, die das LAG vorgenommen hat. Es führt aus, dass das ILO-Übereinkommen hier anwendbar und „wie alle Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation bei der Auslegung nationalen Rechts zu berücksichtigen“ ist. Das LAG berücksichtigte insbesondere die Vorgaben aus Art. 10 Nr. 3 und Art. 11 ILO-ÜK Nr. 189. Nach erstgenanntem Artikel sind Zeiten, in denen Hausangestellte nicht frei über ihre Zeit verfügen können und sich zur Verfügung des Haushalts halten, um möglichen Aufforderungen Folge zu leisten, als Arbeitszeit anzusehen. Art. 11 ILO-ÜK schreibt vor, dass Hausangestellte in einen bestehenden Mindestlohnschutz einbezogen werden müssen.

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache ließ das LAG die Revision zu. Die Beklagte legte Revision ein und verfolgte weiter das Ziel der Klageabweisung. Die Kläger legte Anschlussrevision ein. Sie forderte die Aufhebung des Berufungsurteils, soweit das erstinstanzliche Urteil aufgehoben worden war – im Ergebnis also die Wiederherstellung des Urteils des Arbeitsgerichtes Berlin und die Verurteilung zur Zahlung von Mindestlohn für 24 Std./Tag.

Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht

In der mündlichen Verhandlung arbeitete der Senat zunächst die Argumentation der Beklagten des beklagten Entsendeunternehmens ab. Es hatte u.a. eingewandt, die Geltendmachung von Mindestlohn erfordere die schlüssige Darlegung der tatsächlich geleisteten Stunden, was hier nicht erfolgt sei. Nach der Rechtsprechung des BAG reiche es nicht aus, etwa einen Stundendurchschnitt oder Vergleichbares vorzutragen (vgl. BAG, 29.6.2016, 5 AZR 716/15). Das wies das BAG zurück. Der Vortrag, die Arbeitszeit habe 24 Std./Tag betragen sei schlüssig und erfülle die Voraussetzungen an die Darlegungspflichten der Klägerin. Der Senat stellt klar, dass für ArbeitnehmerInnen, die nach den Regelungen des Arbeitnehmerentsendegesetzes bei einem ausländischen Unternehmen beschäftigt

sind und in Deutschland arbeiten, die Regelungen des MiLoG und des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) uneingeschränkt gelten.

Das Entsendeunternehmen bestritt nicht, dass die Klägerin mehr als die 30 Std./Woche, die sich aus dem schriftlichen Arbeitsvertrag ergaben, gearbeitet habe, meinte aber, damit habe sie nichts zu tun. Die von ihm veranlasste Tätigkeit habe in 30 Std./Woche bewältigt werden können. Wenn die Klägerin aus eigenem Antrieb oder im Einvernehmen mit der pflegebedürftigen Person mehr gearbeitet habe, trage das Unternehmen dafür keine Verantwortung. Auch diesen Einwand ließ das BAG nicht gelten. Der Senat nahm ausdrücklich Bezug auf die Werbung mit einer „24-Stunden-Pflege“ der in Deutschland ansässigen Vermittlungsagentur und fragte die Vertreter der Beklagte, was man sich darunter vorzustellen habe. Diese erwiderten, der Begriff der „24-Stunden-Pflege“ sei ein reiner Marketingbegriff, der verwendet werde, damit das Angebot im Internet besser aufgefunden werde. Der Begriff sei nun einmal gängig, bedeute aber nicht, dass es um Pflege oder Betreuung im Umfang von 24 Stunden am Tag gehe. Das ließ der Senat nicht gelten. Vielmehr wertete er die Werbung durch die Vermittlungsagentur als Indiz dafür, was der wirkliche Inhalt des Arbeitsvertrages zwischen dem Entsendeunternehmen und der Klägerin war.

Rechtsfehlerhaft ist nach der Auffassung des BAG aber der Weg, auf dem das LAG zu der Auffassung gelangte, die tatsächliche Arbeitszeit habe 21 Std./Tag betragen. Das machte der Senat bereits in der mündlichen Verhandlung deutlich. Es sei nicht statthaft, die Berufung der Beklagten auf den schriftlichen Arbeitsvertrag als missbräuchlich zu verwerfen. Vielmehr dürfe das Entsendeunternehmen sich entgegen der Auffassung des LAG auf den schriftlichen Arbeitsvertrag berufen – auch wenn deutlich wurde, dass es damit wohl nicht durchdringen könne. Es sei jedoch erforderlich, den Sachverhalt weiter aufzuklären, den Vortrag der Parteien umfassend zu würdigen und festzustellen, in welchem Umfang die Klägerin Vollarbeit und Bereitschaftsdienst leisten musste. Dabei machte der Senat deutlich, dass auch die Verpflichtung, in der Wohnung anwesend zu sein, um jederzeit für die pflegebedürftige Person tätig werden zu können, als Bereitschaftsdienst mit Anspruch auf Mindestlohn zu werten ist.

Auch die Schätzung auf eine Gesamtarbeitszeit von 21 Std./Tag ist nach Auffassung des BAG rechtsfehlerhaft. Eine Schätzung des Gerichts nach § 287 ZPO setze voraus, dass das Gericht tragfähige Anknüpfungstatsachen feststelle und die Schätzung anhand dieser Tatsachen plausibel mache. Daran fehle es hier. Die Zahl von 21 Std./Tag sei aus der Luft gegriffen. Das BAG wies darauf

hin, dass die Klägerin Beweisangebote unterbreitet habe, die geeignet erschienen, die tatsächliche Arbeitszeit festzustellen.

Der Vertreter der Klägerin wies abschließend darauf hin, dass der Arbeitgeber - hier das beklagte Entsendeunternehmen - verpflichtet ist, die Arbeitszeit zu erfassen und zu dokumentieren. Komme es dieser Verpflichtung nicht nach, führe das dazu, dass es beweisbelastet sei, wenn es vortrage, die von der Arbeitnehmerin angegebene Arbeitszeit treffe nicht zu. Der Senat machte deutlich, dass ihm das Problem bekannt sei, er aber dazu tendiere, diese Frage in diesem Verfahren offen zu lassen. In der mündlichen Urteilsbegründung fand das Thema dann auch keine Erwähnung.

Das BAG ist eine reine Rechtsbeschwerdeinstanz. Daher ist es ihm nicht erlaubt, selbst tatsächliche Feststellungen zu treffen. Wenn die Sachverhaltsaufklärung Rechtsfehler – wie hier – aufweist, muss das BAG die Sache deshalb nach Aufhebung des Urteils des Berufungsgerichts an dieses zurückverweisen. Es obliegt dann dem Berufungsgericht, fehlende und unzutreffende Feststellungen des Tatbestandes nachzuholen oder zu korrigieren. Der Senat machte deutlich, dass offen sei, wie das Verfahren ausgehe, denn es komme darauf an, welchen Umfang der Tätigkeit der Klägerin das LAG schließlich feststelle. Er wies aber darauf hin, dass es nach Aktenlage „nicht fernliegend“ sei, dass der Arbeitsumfang mehr als 30 Std./Woche betragen habe.

Mit seinem im Anschluss an die mündliche Verhandlung verkündeten Urteil hob das BAG das Urteil des LAG daher auf, und zwar sowohl auf die Revision der Beklagten, als auch auf die Anschlussrevision der Klägerin. Der Rechtsfehler, der darin liegt, dass das LAG den schriftlichen Arbeitsvertrag und damit den Vortrag der Beklagten nicht ausreichend gewürdigt habe, war nachteilig für das Entsendeunternehmen. Die Rechtsfehlerhaftigkeit der Schätzung auf 21 Std./Tag ohne hinreichende Anknüpfungstatsachen war nachteilig für die Klägerin. Daher hatten sowohl die Revision der Beklagten, als auch die Anschlussrevision der Klägerin Erfolg.

In Bezug auf die zentralen Rechtsfragen des Verfahrens bestätigte das BAG die Auffassung der Instanzgerichte. Die mündlich vorgetragene Urteilsbegründung fiel hier sehr deutlich aus. Das BAG hält daran fest, dass Vollarbeitszeit und Bereitschaftszeit in gleicher Weise mindestens nach dem MiLoG zu vergüten sind (vgl. BAG, 11.10.2017, 5 ATZ 591/16). Der Senat wies darauf hin, dass der Mindestlohn nur als Geldbetrag ausgezahlt werden kann. Daher scheidet eine Anrechnung von Kost und Logis auf den Mindestlohn aus. Er betonte, dass auch die bloße Anwesenheit in der Wohnung als

Bereitschaftszeit zu werten ist, wenn die Beschäftigte jederzeit damit rechnen muss, dass ihre Dienste in Anspruch genommen werden.